

OKV: Teilnahme an Vergabeverfahren

Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber ist zunehmend Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. Es wird vorgetragen, dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung an einen der Mitbieter nicht in Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehe. Auch die OKV ist von derartigen Verfahren betroffen. Wir möchten daher einige aktuelle Entscheidungen aus den Jahren 2006 und 2005 zum Anlass nehmen, Ihnen die Problematik aufzuzeigen und Tipps für die Gestaltung Ihrer Ausschreibungsbedingungen zu geben.

I. Mitglieder- und Nichtmitgliederversicherung der OKV

Um die Entscheidungen besser nachvollziehen zu können, soll zunächst kurz ein Charakteristikum der OKV dargestellt werden: die Mitglieder- und die Nichtmitgliederversicherung.

Nach § 4 Abs. 1 der Satzung der OKV wird die Mitgliedschaft durch Abschluss des Versicherungsvertrages erworben. Allerdings ist es nach § 3 Abs. 2 der Satzung der OKV ebenso möglich, Versicherungsverträge gegen feste Beiträge ohne Erwerb der Mitgliedschaft abzuschließen. Die Nichtmitgliederversicherung darf jedoch den Rahmen eines unbedeutenden Geschäftszweiges nicht übersteigen.

Reichen in einem Versicherungszweig die Beiträge zum Ausgleich von Schäden und Kosten nicht aus und kann dieser Verlust nicht aus der Verlustrücklage abgedeckt werden, kann von den Mitgliedern ein Nachschuss erhoben werden (§ 5 Abs. 3 der Satzung der OKV). Demgegenüber besteht für Nichtmitglieder keine Nachschusspflicht.

Das bedeutet also, dass die OKV sowohl die Mitglieder- als auch die Nichtmitgliederversicherung anbietet. Eine Nachschusspflicht wird ausschließlich für Mitglieder begründet.

II. Aktuelle Entscheidungen

Dem Beschluss des **Oberlandesgerichts Rostock** vom 27.02.2006¹ lag die Ausschreibung u. a. einer Elektronik- und Musikinstrumentenversicherung zugrunde. Eine Mitbieterin setzte sich gegen die geplante Vergabe der Versicherung an die OKV zur Wehr. Sie stützte ihre Argumentation vor allem darauf, dass die Höhe der Versicherungsprämien aufgrund der Möglichkeit, zu Nachschusszahlungen herangezogen zu werden, nicht feststehe. Damit liege kein fester Preis i. S. d. § 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A vor.

1 OLG Rostock, Beschluss vom 27.02.2006 – 17 Verg 3/06 –.

Bei dem dem **Thüringer Oberlandesgericht**² vorliegenden Fall ging es um die Ausschreibung einer Gebäude- und Inventarversicherung für Schulen und Verwaltungseinrichtungen. Die Mitgliedschaft in einem Verein war nicht ausgeschrieben. Eine Mitbieterin wandte sich gegen die Absicht der Vergabestelle, der OKV den Zuschlag zu erteilen, und begründete dies wie folgt: Die an die Annahme des Angebots geknüpfte Erweiterung der schon bestehenden Mitgliedschaft in der OKV unterwerfe die Vergabestelle der satzungsmäßig vorgesehenen Nachschusspflicht. Damit seien die Folgekosten nicht kalkulierbar und der angebotene Preis unbestimmt. Auch liege eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen vor, da der (erweiterte) Erwerb einer Vereinsmitgliedschaft ausschreibungswidrig sei. Im Übrigen stelle die Teilnahme der an der OKV beteiligten Kommunen am Vergabeverfahren eine ihnen gemäß § 71 ThürKO verbotene wirtschaftliche Betätigung dar; denn durch die erfolgreiche Akquisition eines weiteren Mitglieds werde die satzungsgemäß vorgeschriebene Nachschusspflicht für die anderen Mitglieder vermindert. Schließlich sei die OKV auch nach § 7 Nr. 6 VOL/A nicht teilnahmeberechtigt.

In dem von der **Vergabekammer Münster**³ zu entscheidenden Fall war nicht die OKV betroffen, sondern ein anderer Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG), der eine vergleichbare Satzung hat, allerdings nur die Mitgliederversicherung kennt. Eine Mitbieterin trug gegen die vorgesehene Vergabe der ausgeschriebenen Gebäude-, Inventar- und Wohngebäudeversicherung u. a. vor, die Prämienhöhe könne sich aufgrund eines möglicherweise erforderlichen Nachschusses noch ändern, sei also nicht verbindlich bestimmt. Des Weiteren sei eine Mitgliedschaft in einem VVaG gerade nicht Gegenstand der konkreten Ausschreibung gewesen. Darüber hinaus sei der VVaG eine ähnliche Einrichtung i. S. d. § 7 Nr. 6 VOL/A, die zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen sei. Schließlich stelle die Beteiligung des VVaG am Vergabeverfahren eine unzulässige wirtschaftliche Betätigung seiner gemeindlichen Mitglieder dar.

III. Argumentationsmuster

2 Thüringer OLG, Beschluss vom 02.01.2006 – 9 Verg 10/05 –.

3 VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –. Gegen diesen Beschluss ist Beschwerde eingelegt worden, über die das OLG Düsseldorf in Kürze entscheidet. Wir werden Sie hierüber zeitnah unterrichten.

Obwohl die Fälle unterschiedliche Mitbieterinnen betreffen, ähnelt sich ihr Vorbringen. Im Wesentlichen liegt den Ausführungen folgendes Argumentationsmuster zugrunde:

1. Die Erweiterung einer bereits bestehenden Vereinsmitgliedschaft bzw. der Erwerb einer neuen Vereinsmitgliedschaft sei nicht Gegenstand der Ausschreibung. Damit liege eine nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen vor.
2. Die in der Satzung vorgesehene Möglichkeit, einen Nachschuss zu verlangen, bringe nicht kalkulierbare Folgekosten mit sich. Der angebotene Preis sei also unbestimmt im Sinne des vergaberechtlichen Transparenzgebots (§ 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A).
3. Die Teilnahme der OKV/des VVaG am Vergabeverfahren sei eine unzulässige wirtschaftliche Betätigung. Dies ergebe sich aus § 71 ThürKO bzw. vergleichbaren Regelungen anderer Bundesländer.
4. Schließlich sei die OKV/der VVaG auch nach § 7 Nr. 6 VOL/A nicht teilnahmeberechtigt.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen aufgrund der Erweiterung einer bereits bestehenden bzw. des Erwerbs einer neuen Vereinsmitgliedschaft

Nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A sind Änderungen und Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig. Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen wurden, müssen zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A). Eine Änderung der Verdingungsunterlagen liegt auch vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändert und eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet.⁴

Damit stellt sich die Frage, ob die Erweiterung einer bereits bestehenden bzw. der Erwerb einer neuen Vereinsmitgliedschaft eine solche unzulässige Änderung ist.

Das OLG Rostock und das Thüringer OLG haben sich hiermit nur am Rande befasst. Nach Meinung des OLG Rostock wird die Vergabestelle mit dem Abschluss der Versicherungsverträge nicht Mitglied der OKV;⁵ das Thüringer OLG ist der Auffassung, die Satzung der OKV sei nicht Vertragsbestandteil geworden und damit auch

4 VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –, Seite 14.

5 OLG Rostock, Beschluss vom 27.02.2006 – 17 Verg 3/06 –, Seite 4.

nicht anwendbar⁶. Folglich halten beide Vergabesenate keine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen für gegeben. Für die Frage, ob durch die Erweiterung einer bereits bestehenden bzw. den Erwerb einer neuen Vereinsmitgliedschaft eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen vorgenommen wird, sind diese beiden Entscheidungen also unergiebig.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der VVaG nur die Mitgliederversicherung kennt, hat die Vergabekammer Münster das Problem ausführlich erörtert. Sie ist der Ansicht, dass eine andere als die ausgeschriebene Leistung von dem VVaG angeboten werde; denn der VVaG biete eine Mitgliedschaft in seinem Verein an, wohingegen die Vergabestelle einen Vertragspartner für Versicherungsdienstleistungen suche. Dass die Vergabestelle bereits Mitglied des VVaG sei, sei unerheblich, da auf die konkrete Versicherungssparte bzw. auf den Abrechnungsverband abzustellen sei. Die Vergabestelle sei in der in Rede stehenden Sparte noch nicht versichert, müsse also trotz ihrer bereits vorhandenen Mitgliedschaft einen weiteren Versicherungsvertrag schließen, der wiederum die in der Satzung verankerten Rechte und Pflichten, insbesondere den Ausgleich innerhalb eines Abrechnungsverbandes, auslöse. Da sowohl die Nachschusspflicht als auch die Beitragsrückerstattung an den Abrechnungsverband geknüpft seien, finde ein Ausgleich immer nur innerhalb des Abrechnungsverbandes statt. Nur wenn man für den Abrechnungsverband eine Versicherung abgeschlossen habe, partizipiere man an dem Ausgleich innerhalb des Abrechnungsverbandes. Durch die bereits vorhandene Mitgliedschaft der Vergabestelle bei dem VVaG würde somit nicht der neue Versicherungsvertrag, der sich auf Sachversicherungen bezieht, erfasst. Deshalb würden durch einen weiteren Versicherungsvertrag die Möglichkeiten oder Vorteile, die aufgrund der Mitgliedschaft bestehen, erweitert bzw. erhöht. Der Versicherungsnehmer nehme jetzt auch am Ausgleich im konkret versicherten Abrechnungsverband teil.⁷

Festzuhalten bleibt, dass nach Auffassung der Vergabekammer Münster eine unzulässige Änderung i. S. d. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A gegeben ist, wenn eine bereits bestehende Vereinsmitgliedschaft zu erweitern bzw. eine neue Vereinsmitgliedschaft zu erwerben ist – obwohl die Vergabestelle ledig-

lich eine Versicherung ausgeschrieben hat.

Die Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt wendet hiergegen ein, Mitgliedschaft und Versicherungsvertrag bildeten keine rechtliche Einheit in der Form, dass sie untrennbar miteinander verbunden seien. Vielmehr sei grundsätzlich zwischen der korporationsrechtlichen Ebene (Mitgliedschaft) und der vertraglichen Ebene (Versicherungsverhältnis) zu differenzieren. Aufgrund dieser Trennung werde auch keine Änderung der Verdingungsunterlagen vorgenommen, wenn die Vergabestelle gleichzeitig mit dem Vertragsschluss Mitglied werde bzw. werden müsse. Entscheidend sei, dass die ausgeschriebene Versicherungsdienstleistung angeboten werde.⁸

2. Verstoß gegen das Transparenzgebot aufgrund angeblicher Unbestimmtheit des angebotenen Preises

Leistungen sollen zu festen Preisen vergeben werden (§ 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A), wobei unter einem festen Preis eine beide Vertragspartner bindende Vereinbarung über die Vergütung zu verstehen ist, die nicht einseitig abgeändert werden kann⁹. Angebote, für deren Wertung wesentliche Preisangaben fehlen, sind gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 a) VOL/A von der Wertung auszuschließen.

Da nach Auffassung des OLG Rostock und des Thüringer OLG keine Mitgliedschaft – und damit auch keine Nachschusspflicht – angeboten wird, ist eine feste Prämie ausgewiesen.¹⁰

Die Vergabekammer Münster vertritt die Ansicht, dass der VVaG keinen klassischen schuldrechtlichen Austauschvertrag anbiete, sondern die Mitgliedschaft in seinem Verein. Daher biete er keinen bestimmten oder bestimmbaren Preis an. Durch den Vertragsschluss werde eine Mitgliedschaft erworben, die dann auch zur Einhaltung der in der Satzung dieses Vereins gemachten Vorgaben verpflichte. Ggf. könne der VVaG einseitig zu Lasten der Vergabestelle von dem angegebenen Preis abweichen, indem er einen Nachschuss fordere. Der angebotene Preis sei also unbestimmt im Sinne des vergaberechtlichen Transparenzgebots (§ 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A).¹¹

Diese Ansicht der Vergabekammer Mün-

ter vermag nicht zu überzeugen. Der Nachschuss ist kein aus dem Versicherungsvertrag resultierender, u. U. nachzuzahlender Beitragsrest. Vielmehr handelt es sich um eine auf § 24 VAG beruhende und durch die Satzung des VVaG näher ausgestaltete Leistung, die aus der Mitgliedschaft im VVaG erwächst. Der Nachschuss wirkt sich lediglich wirtschaftlich wie eine Beitragserhöhung aus.¹²

3. Unzulässige wirtschaftliche Betätigung

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich.¹³

Damit ist zu prüfen, ob die Teilnahme der OKV an einem Vergabeverfahren mit diesen Bestimmungen in Einklang steht oder aber als unzulässige wirtschaftliche Betätigung ihrer kommunalen Mitglieder zu qualifizieren ist.

Das OLG Rostock hat sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Da das Thüringer OLG der Ansicht ist, mit der Annahme des Angebots werde ein autonomer Versicherungsvertrag begründet, der gerade nicht die Nachschusspflicht oder andere wirtschaftlich günstige Effekte für die übrigen an der OKV beteiligten Kommunen nach sich ziehe, hält es keinen Verstoß gegen § 71 ThürKO für gegeben¹⁴. Die Vergabekammer Münster hat die Frage der unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung ausdrücklich offen gelassen; denn nach ihrer Auffassung war der VVaG bereits aus anderen Gründen auszuschließen.¹⁵

Bei § 71 ThürKO, auf den sich die Mitbieterin in dem dem Thüringer OLG vorliegenden Fall ausdrücklich beruft, geht es um die Gründung, Übernahme oder Erweiterung von Unternehmen durch eine Gemeinde. Inwieweit die Beteiligung der OKV an einer Ausschreibung hierunter fallen könnte, erschließt sich nicht; denn es soll ein Unternehmen durch eine Gemeinde weder gegründet noch übernommen noch erweitert werden. Dies gilt ebenso für die entsprechenden Regelungen in den übrigen neuen Bundesländern: Auch hier sind die Gründung, Übernahme, Beteiligung etc. von bzw. an Unternehmen in Privatrechtsform Gegenstand der Regelungen.¹⁶

Die Beteiligung der OKV an einer Aus-

6 Thüringer OLG, Beschluss vom 02.01.2006 – 9 Verg 10/05 –, Seite 10. Ebenso 1. VK Schwerin, Beschluss vom 20.01.2006 – 1 VK 16/05 –, Seite 5f.

7 VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –, Seite 14f.

8 VK Freistaat Thüringen, Beschluss vom 06.12.2005 – 360-4003.20-026/05-SLZ –, Seite 15ff.

9 VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –, Seite 16.

10 OLG Rostock, Beschluss vom 27.02.2006 – 17 Verg 3/06 –, Seite 4; Thüringer OLG, Beschluss vom 02.01.2006 – 9 Verg 10/05 –, Seite 9ff. Ebenso 1. VK Schwerin, Beschluss vom 20.01.2006 – 1 VK 16/05 –, Seite 5f.

11 VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –, Seite 16f.

12 Prölss-Weigel, VAG, 12. Aufl., München 2005, § 24 Rn. 7.

13 Brandenburg: §§ 100ff. GO; Mecklenburg-Vorpommern: §§ 68ff. KV M-V; Sachsen: §§ 95ff. SächsGemO; Sachsen-Anhalt: §§ 116ff. GO LSA; Thüringen: §§ 71ff. ThürKO.

14 Thüringer OLG, Beschluss vom 02.01.2006 – 9 Verg 10/05 –, Seite 11.

15 VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –, Seite 19.

16 Brandenburg: § 102 GO; Mecklenburg-Vorpommern: §§ 69f. KV M-V; Sachsen: § 96 SächsGemO; Sachsen-Anhalt: § 117 GO LSA.

schreibung stellt also keine unzulässige wirtschaftliche Betätigung ihrer kommunalen Mitglieder dar.

4. Verstoß gegen § 7 Nr. 6 VOL/A

Gemäß § 7 Nr. 6 VOL/A sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen.

Während sich das OLG Rostock mit dieser Bestimmung nicht auseinandergesetzt hat, scheint das Thüringer OLG die Regelung für einschlägig zu halten. Allerdings verneint es den vergaberechtswidrigen Zusammenhang. Mangels Begründung einer Nachschusspflicht würden keine eigenen wirtschaftlichen (Insolvenz-) Risiken auf die Vergabestelle als Vereinsmitglied abgewälzt oder gemindert und keine wettbewerbswidrigen Vorteile hieraus gezogen.¹⁷

Demgegenüber bezieht die Vergabekammer Münster hier eindeutig Position. § 7 Nr. 6 VOL/A sei als Ausnahmevorschrift eng auszulegen und einer Analogie nicht fähig. Ähnliche Einrichtungen müssten sich folglich in öffentlicher Trägerschaft befinden und als öffentliche Einrichtungen einen vergleichbaren sozialpolitischen Zweck verfolgen wie die konkret genannten Einrichtungen. Dies sei bei einem VVaG nicht der Fall. Er biete Versicherungen an, verfolge aber keine sozialen Ziele. Dementsprechend werde er von der Regelung in § 7 Nr. 6 VOL/A nicht erfasst.¹⁸

Diese Auffassung überzeugt: Ein VVaG ist keine „ähnliche Einrichtung“ i. S. d. § 7 Nr. 6 VOL/A.

Fazit:

- Die Argumente **3 und 4** – unzulässige wirtschaftliche Betätigung bzw. Verstoß gegen § 7 Nr. 6 VOL/A – überzeugen nicht im Ansatz. Vor dem Hintergrund der insoweit eindeutigen Entscheidung der Vergabekammer Münster dürfte die Auffassung, ein VVaG sei eine ähnliche Einrichtung i. S. d. § 7 Nr. 6 VOL/A, in Zukunft nicht mehr ernsthaft vertreten werden.
- Auch der Ansicht, der angebotene Preis sei aufgrund der Nachschusspflicht unbestimmt (**Argument 2**), kann nicht gefolgt werden. Wenngleich sich der Nachschuss wirtschaftlich wie eine Beitragserhöhung auswirkt, ist er kein aus dem Versicherungsvertrag resultierender, u. U. nachzu-

zahlender Beitragsrest, sondern eine aus der Mitgliedschaft im VVaG erwachsende Leistung.

- Die Auffassung, das Anbieten der (erweiterten) Mitgliedschaft in dem VVaG sei eine unzulässige Änderung der Verdin- gungsunterlagen, sofern ausschließlich ein Versicherungsvertrag Gegenstand der Ausschreibung ist (**Argument 1**), erscheint ebenfalls wenig schlagkräftig.

Um hier etwaigen Auseinandersetzungen zu begegnen, empfehlen wir Ihnen, die Ausschreibung von vornherein anders zu konzipieren: Gegenstand der Ausschreibung sollte nicht nur der Versicherungsvertrag sein, sondern auch die möglicher- weise erforderliche Erweiterung einer be- reits bestehenden bzw. der Erwerb einer neuen Mitgliedschaft in dem VVaG.

(Elke Herbst, Andreas Schwarz, KSA)

¹⁷ Thüringer OLG, Beschluss vom 02.01.2006 – 9 Verg 10/05 –, Seite 11.

¹⁸ VK Münster, Beschluss vom 05.10.2005 – VK 19/05 –, Seite 19.